

# Wie Verfassungsgerichte miteinander reden: Das Potential des Vorlageverfahrens für Europas pluralistischen Verfassungsverbund

**VB** [verfassungsblog.de/wie-verfassungsgerichte-miteinander-reden-das-potential-des-vorlageverfahrens-fuer-europas-pluralistischen-verfassungsverbund/](http://verfassungsblog.de/wie-verfassungsgerichte-miteinander-reden-das-potential-des-vorlageverfahrens-fuer-europas-pluralistischen-verfassungsverbund/)

Vor nicht allzu langer Zeit war die Diskussion zum Verhältnis zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten bestimmt von Fragen nach dem Vorrang und der Letztentscheidungskompetenz. Das Vorlageverfahren wurde bei dieser Diskussion meist nur am Rande erwähnt – meist mit dem Hinweis, dass auf der Grundlage von Artikel 267 AEUV ein institutionalisierter Mechanismus für einen Dialog zwischen dem EUGH und den nationalen Verfassungsgerichten besteht, von dem sich letztere aber weigern, Gebrauch zu machen.

Das Terrain hat sich geändert. Das jedenfalls suggeriert eine mit Spannung erwartete Rede, die der Vizepräsident des Gerichtshofs der Europäischen Union, *Koen Lenaerts*, am letzten Montag an der Humboldt-Universität zu Berlin gehalten hat. Eine große Europa-Rede war *Lenaerts'* Vortrag nicht, sondern eher, wie *Ingolf Pernice* anmerkte, eine „Grundlagenvorlesung“. Bemerkenswert war die Rede aber dennoch.

Seine Rede zu dem, in seinen eigenen Worten, „ewigen Thema“ des Verhältnisses zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten behandelte im Kern jüngere Rechtsprechungsentwicklungen zum Vorlageverfahren. Genauer ging es um EuGH-Urteile, die auf Vorlagen nationaler Verfassungsgerichte ergangen waren: *Pringle*, *Melloni*, *Bressol & Chaverot*, *Test Achats*, *Digital Rights & Seitlinger*, *Jeremy F.* Alles Urteile, die seit 2010 ergangen sind. Dazu dieses Jahr die *Vorlage des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH im OMT-Beschluss*. Wenn man bedenkt, dass es nicht lange her ist, dass sich zahlreiche nationale Verfassungsgerichte äußerst widerwillig zeigten, Vorlagefragen an den EUGH zu übermitteln, ist diese Entwicklung bemerkenswert. Innerhalb von wenigen Jahren haben nacheinander vier der wichtigsten europäischen Verfassungsgerichte dem EuGH jeweils ihre erste Vorlagefrage vorgelegt: 2008 legte die italienische Corte costituzionale dem EuGH erstmals vor, 2011 das spanische Tribunal Constitucional in der Rechtssache *Melloni*, 2013 der französische Conseil constitutionnel im Fall *Jeremy F.* und am 14. Januar 2014 schließlich das Bundesverfassungsgericht mit seinem *OMT-Beschluss*. Wie lässt sich dieser bemerkenswerte Wandel von einer beharrlichen Nichtvorlagepraxis hin zur Herausbildung einer routinierten Dialogpraxis im Rahmen des Vorlageverfahrens erklären? Warum haben die Verfassungsgerichte so lange gezögert, vorzulegen? Welche Schlüsse lassen sich daraus für die notwendigen Voraussetzungen ziehen, die diesen Wandel befördert haben? Und was ist eigentlich das normative Argument für die Nutzung des Vorlageverfahrens aus der Perspektive nationaler Verfassungsgerichte?

## Starke Stellung für den EuGH

Für den EuGH liegen die Vorzüge der Kooperation mit nationalen Verfassungsgerichten im prozessualen Rahmen des Vorlageverfahrens auf der Hand: Dieses europäische Verfahren, das der Gewährleistung der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts dient, versetzt den Gerichtshof in eine privilegierte Position. Wenn der EuGH der „Motor“ der europäischen Integration ist, dann ist das Vorlageverfahren das Ventil, mit dem der Gerichtshof den Integrationsprozess maßgeblich steuert. Nationale Verfassungsgerichte in dieses Verfahren einzubinden, dürfte die Stellung des EuGH in Europa stärken.

Es kann deshalb nicht verwundern, wenn *Koen Lenaerts* in seiner Rede gegenüber nationalen Verfassungsgerichten nachdrücklich für die Nutzung des Vorlageverfahrens warb. Er betonte auffällig häufig, dass das Vorlageverfahren „durch wechselseitige Kooperation und einer Teilung von Verantwortlichkeiten geprägt“ sei. Diese Kooperation sei geboten, „um Spannung zu vermeiden“. Es wurde deutlich, dass *Lenaerts* in dieser kooperativen Vorlagepraxis die Lösung für die – aus den divergierenden konzeptionellen Positionen des EuGH und nationaler Verfassungsgerichte resultierenden – zwischengerichtlichen Spannungen erblickt. Für ihn liegt darin der richtige Weg, „um die ganze Debatte [zum Verhältnis zwischen dem EuGH und nationalen

Verfassungsgerichten] voranzutreiben“, was „eigentlich viel wichtiger“ sei, „als diese konzeptuellen Fragen [zur Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts], die eigentlich nur Professoren an Universitäten interessieren“, die aber „in der Praxis nicht viel ausmachen“.

Aber welche normativen Gründe sprechen für eine intensive Nutzung des Vorlagemechanismus durch nationale Verfassungsgerichte auch aus der Perspektive nationaler Verfassungsgerichte? Dazu einige Erwägungen: *Erstens* steigen in einem – vielfach durch netzwerkartige und damit heterarchische Beziehungsstrukturen gekennzeichneten – pluralistischen Verfassungsverbund die rechtsordnungsübergreifenden Kommunikationsanforderungen. Zwar gab es auch bisher schon zwischen dem EuGH und nicht-vorlegenden nationalen Verfassungsgerichten Gesprächskontakte und Dialog. Aber nur indirekt in den eigenen Urteilen und Beschlüssen auf den EuGH Bezug zu nehmen und sich von ihm abzugrenzen, wie etwa in den großen Europa-Entscheidungen nationaler Verfassungsgerichte anlässlich der Ratifizierung eines europäischen Vertrages, wird den steigenden Kommunikationsanforderungen allein nicht mehr gerecht. Zwar können die nationalen Verfassungsgerichte so auf relativ hohem, tendenziell konfliktvermeidendem Abstraktionsniveau eigenständige Positionen zur Rolle des Nationalstaats im europäischen Integrationsprozess formulieren, ohne gleich einen offenen Rechtsprechungskonflikt mit dem EuGH zu riskieren. Sie können so vermeiden, sich konkret, fallbezogen und damit potentiell konflikthaft mit den Positionen des EuGH auseinanderzusetzen – es lässt sich aber auch vortrefflich aneinander vorbeireden. Im direkten Dialog mit dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens wäre das anders. Das entspricht nicht nur dem individualisierenden, fallbezogenen Charakter der richterlichen Tätigkeit, sondern ist auch aus Gründen der Rechtssicherheit und damit aus der Perspektive des Rechtsschutzsuchenden wünschenswert.

*Zweitens* bekämen die Verfassungsgerichte, würden sie weiterhin nicht vorlegen, auch Legitimitätsprobleme. Denn Entscheidungen nationaler Verfassungsgerichte können europaweit externale Effekte entfalten. Verfassungsgerichte müssen neben ihrer nationalen Perspektive auch systemische Zusammenhänge berücksichtigen. Wenn Verfassungsgerichte in Fällen mit unionsrechtlichen Bezügen jedoch von einer Vorlage absehen, dann droht schon aufgrund der institutionellen Eigeninteressen die Gefahr eines nationalen Tunnelblicks. Dass sie jetzt öfter vorlegen, kann man auch als Eingeständnis sehen, dass in einem pluralistischen Verfassungsverbund die Legitimität, um bestimmte Verfassungsfragen mit europäischer Dimension zu entscheiden, ohne Einbindung des EuGH nicht ausreicht. Dieser Aspekt tritt in der Vorlage des BVerfG im Rahmen des *OMT*-Beschlusses deutlich hervor, denn die Entscheidungspraxis der EZB zeitigt in Zeiten der europäischen Staatsschuldenkrise Wirkungen weit über die Bundesrepublik Deutschland hinaus. Hier stößt ein nationales Verfassungsgericht, das diese Entscheidungspraxis zu beeinflussen sucht, allein an seine politisch-institutionellen Grenzen.

*Drittens* liegt in dem rechtsordnungsübergreifenden richterlichen Dialog ein nicht zu unterschätzendes Potential für einen sachorientierten Diskurs, mit dem Interessengegensätze überwunden oder zumindest eingedämmt werden können. Richter teilen eine gemeinsame professionelle Identität und sprechen die gemeinsame Sprache des Rechts, wodurch die widerstreitenden Interessen einer Begründungs- und Rechtfertigungslast unterworfen werden. Fast gebetsmühlenartig wiederholte *Lenaerts* in seinem Vortrag die dafür notwendigen Bedingungen: Entgegenbringen von Vertrauen, gegenseitiger Respekt, „das Ergebnis des Anderen ... als legitim, als akzeptabel erfahren“. Das sind entscheidende Voraussetzungen dafür, dass die Vorzüge des Vorlageverfahrens, nämlich dass man direkt und fallbezogen miteinander redet, die mit dem gesteigerten Konfliktpotential verbundenen Gefahren überwiegen. Eine intensive Nutzung des Vorlageverfahrens birgt solche Gefahren, denn eine fallbezogene rechtsordnungsübergreifende Auseinandersetzung im Rahmen des Vorlageverfahrens erschwert taktische Ausweichmanöver und erhöht damit das zwischengerichtliche Konfliktpotential. Dennoch spricht vieles dafür, dass sich die schrittweise Verlagerung des rechtsordnungsübergreifenden konstitutionellen Diskurses zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten in das Vorlageverfahren eher produktiv auswirkt, anstatt eine nicht mehr bewältigbare Anzahl offener Rechtsprechungskonflikte zu produzieren. Das jedenfalls scheint die bisherige Rechtsprechungspraxis in Fällen wie *Melloni*, *Bressol & Chaverot*, *Test Achats* und *Jeremy F.* zu bestätigen. *Lenaerts* zufolge zeigt etwa das „Verfahren in der *Bressol & Chaverol*-Sache ... exemplarisch, auf welche kooperative Weise die Verantwortungsteilung im europäischen Mehrebenensystem der EU ablaufen kann“.

## Warum haben die Verfassungsgerichte so ungern vorgelegt?

Die nahe liegende Antwort ist: die Verfassungsgerichte wollten ihre eigene Entscheidungsautonomie im EU-Kontext wahren. Wenn sie vorlegen, engt das ihren eigenen Entscheidungsspielraum ein und kann als Unterordnung wahrgenommen werden. Eine solche Lesart findet jedenfalls in der öffentlichen Rezeption von Vorlagebeschlüssen eine Stütze: Die erste Vorlage des BVerfG an den EuGH im OMT-Beschluss wurde in den Medien überwiegend so kommentiert, als schrecke das Gericht vor einer eigenen Entscheidung zurück und überlasse dem EuGH die Letztentscheidung. Jedenfalls nach der [Konzeption des BVerfG](#) ist das so nicht zutreffend: Danach legt das Gericht vor, bevor es einen Unionsrechtsakt *ultra vires* erklärt, behält sich aber auch nach einem EuGH-Urteil vor, dies zu tun. Wenn Verfassungsgerichte Vorlagen an den EuGH dennoch zu vermeiden suchen, dann hängt das mit der Schwierigkeit zusammen, nach Vorabentscheidung des EuGH anders zu urteilen und damit einen offenen Rechtsprechungskonflikt herbeizuführen – zumal diese Aussicht in Teilen der integrationsfreundlichen Literatur immer wieder zu einer „Verfassungskatastrophe“ oder zu dem rechtlichen Äquivalent eines atomaren Erstschlages stilisiert wurde. Das möchte kein Verfassungsgericht verantworten. Diese Angst dürfte auch der Grund sein, warum über Jahrzehnte – bis zum Urteil des tschechischen Verfassungsgerichts im Fall [Landtová](#) – kein mitgliedstaatliches Verfassungsgericht einem Unionsrechtsakt die Anwendung in der eigenen Rechtsordnung versagt hat – trotz erheblicher Differenzen zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten.

Dies offenbart ein grundlegendes Problem. Die übertriebenen Sorgen vor den dramatischen Konsequenzen einer Kontestation von EuGH-Urteilen scheint einen abschreckenden Effekt auf die Vorlagebereitschaft nationaler Verfassungsgerichte gehabt zu haben. Mit anderen Worten: Wenn es faktisch unmöglich ist, von einer Vorabentscheidung des EuGH abzuweichen, kann dies den Ausschlag zugunsten der Nicht-Kooperation und damit zu einer Nichtvorlagepraxis geben.

## Eine pluralistische Konzeption des Vorlageverfahrens

Wie kommt es, dass sich die Praxis, nicht vorzulegen, jetzt scheinbar in Richtung einer routinierten Dialogpraxis im Rahmen des Vorlageverfahrens wandelt? Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass nationale Verfassungsgerichte, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, einsichtig geworden sind und ihre unionsrechtlichen Vorlageverpflichtungen akzeptieren. Nach dem Motto: Manchmal dauern Lernprozesse eben etwas länger. Besonders plausibel erscheint diese Sichtweise nicht.

Entscheidend dürfte vielmehr sein, dass sich die Rahmenbedingungen im europäischen Kontext maßgeblich verändert. Verfassungspluralistisches Gedankengut ist mittlerweile im fachliterarischen Mainstream angekommen. Auch der EuGH-Richter *Lenaerts* diskutierte das *Melloni*-Urteil in seinem Vortrag unter dem Topos des Verfassungspluralismus. Zudem haben mit der Einfügung der Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 EUV in das europäische Primärrecht durch den Vertrag von Lissabon die konstitutionalistischen Belange mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte einen primärrechtlichen Referenzpunkt erhalten.

Das lässt die folgende Schlussfolgerungen zu: Solange das Vorlageverfahren von nationalen Verfassungsgerichten als Form der Unterordnung empfunden wird, in welchem sie der EuGH unausweichlich auf eine abschließende Entscheidung festlegt, werden sie den Wandel ihrer Vorlagepraxis nicht fortsetzen. Nationale Verfassungsgerichte und der EuGH müssen sich im Vorlageverfahren grundsätzlich auf Augenhöhe begegnen und in einen sachorientierten Dialog über die Frage treten, welche Regelung die Belange der europäischen und der nationalen Rechtsordnung nach konstitutionalistischen Maßstäben am besten realisiert.

Für nationale Verfassungsgerichte bedeutet das, dass sie die Rolle des EuGH, die einheitliche Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten, respektieren müssen und nicht erwarten können, dass sich der für 28 Mitgliedstaaten zuständige Gerichtshof stets der Rechtsauffassung des Verfassungsgerichts eines Mitgliedstaats anschließen wird. Für den EuGH, dass er bei Vorlagen nationaler Verfassungsgerichte Fingerspitzengefühl zeigen und gewichtige nationale Belange soweit wie möglich in seine Rechtsprechung einfließen lassen sollte. Soweit diese Bedingungen gegeben sind, erscheint es denkbar, dass nationale Verfassungsgerichte durch das Vorlageverfahren größeren Einfluss auf die Rechtsprechung des EuGH nehmen können als durch eine fortgesetzte Nichtvorlagepraxis.

So scheint das auch *Lenaerts* zu sehen. Während *Pernice* im Rahmen der Fragerunde im Anschluss an *Lenaerts'* Rede Szenarien entwarf, wie man einen offenen Rechtsprechungskonflikt zwischen dem EuGH und einem nationalen Verfassungsgericht durch Zwangsgeldzahlungen des Mitgliedstaates „rechtlich lösen“ würde, betonte *Lenaerts* lieber, dass dies „natürlich nicht die normale, befriedigende Lage zur Lösung von Konflikten“ sei, sondern „man muss einfach überzeugen“. Man solle auch „nicht denken ...“, dass der EuGH nie oder nur sehr selten, noch einen Raum überlässt für die nationale Verfassung“ lässt. „Das ist nicht so.“ Vielmehr strich *Lenaerts* heraus, dass nationale Verfassungsgerichte durch Vorlagen an den EuGH eine Chance wahrnehmen, „sowohl durch die Formulierung der Fragen als auch durch die Begründung des Vorlagebeschlusses das Ergebnis in eine gewünschte Richtung zu lenken“ und damit „europaweit ... die Entwicklung des Rechts“ mit zu gestalten. Das habe „jetzt das Bundesverfassungsgericht auch verstanden“.

Ob dieser direkte Dialogs zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten erfolgreich ist, wird überdies entscheidend davon abhängen, dass das Vorlageverfahren als wahrhaft pluralistisch Verfahren konzipiert ist, in dem nicht nur der EuGH unionsrechtliche Prinzipien und Normen in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen überträgt, sondern auch nationale Verfassungsgerichte rechtsordnungseigene Verfassungsprinzipien und -normen in die Entscheidungsprozesse des EuGH einspeisen. Das erfordert es nach meiner Überzeugung, nationalen Verfassungsgerichten konzeptionell als *ultima ratio* die Möglichkeit zur Abweichung von der Vorabentscheidung des EuGH einzuräumen.

---

LICENSED UNDER CC BY NC ND

SUGGESTED CITATION Lang, Andrej: *Wie Verfassungsgerichte miteinander reden: Das Potential des Vorlageverfahrens für Europas pluralistischen Verfassungsverbund*, *VerfBlog*, 2014/11/28, <http://verfassungsblog.de/wie-verfassungsgerichte-miteinander-reden-das-potential-des-vorlageverfahrens-fuer-europas-pluralistischen-verfassungsverbund/>.

Not too long ago, the debate about the relationship between the ECJ and national constitutional courts was centered around the issues of primacy and the power to have the last word. In this debate, references to the preliminary reference procedure were only peripheral. They were mostly limited to the observation that Article 267 TFEU provides for an institutionalized mechanism for judicial dialogue between the ECJ and national constitutional courts that the latter are unwilling to use.

The terrain has changed. At least, this is what the anticipated speech of the Vice-President of the Court of Justice of the European Union, *Koen Lenaerts*, at the Humboldt-Universität of Berlin last Monday suggested. *Lenaerts'* address, given in German, was not one of the great speeches on Europe but rather, as *Ingolf Pernice* remarked, a “basic lecture”. It was nonetheless a remarkable speech.

His address about the relationship between the ECJ and national constitutional courts, in *Lenaerts'* words “the eternal theme”, covered in essence recent development in the case-law regarding the preliminary reference procedure. More precisely, the speech discussed ECJ decisions delivered in response to a request from national constitutional courts for a preliminary ruling: *Pringle*, *Melloni*, *Bressol & Chaverot*, *Test Achats*, *Digital Rights & Seitlinger*, *Jeremy F.* All decisions that were rendered since 2010. Moreover, the German Federal Constitutional Court famously submitted a preliminary question to the ECJ in the *OMT*-ruling. Considering that many national constitutional courts have long been reluctant to participate at all in this direct dialogue procedure, this shift in preliminary reference practices is remarkable. Within the span of less than six years, four of the most influential national constitutional courts in Europe have all submitted their first preliminary reference to the ECJ ever: the Italian Corte costituzionale in 2008, the Spanish Tribunal Constitucional in 2011 in the *Melloni* case, the French Conseil constitutionnel in *Jeremy F.*, and the Federal Constitutional in the *OMT*-ruling on January 14, 2014. How is it possible to explain this sudden shift from neglect to cooperation? Why were some national constitutional courts for so long so reluctant to send preliminary questions to the ECJ? What conclusions can be drawn regarding the necessary conditions for this shift? And what case can be made from the perspective of national constitutional courts from a normative point of view to use the preliminary procedure?

## Strong Position for the ECJ



The advantages for the ECJ of cooperation with national constitutional courts in the framework of the preliminary procedure are obvious: This European procedure that aims at ensuring the uniform interpretation of EU law puts the ECJ in a privileged position. If the Court is the “engine” of European integration, the preliminary procedure is the valve that allows the Court to substantially steer the integration process. The involvement of national constitutional courts in this procedure can be expected strengthen the role of the ECJ.

It is not surprising then that in his speech, *Koen Lenaerts* strongly endorsed the use of the preliminary procedure by national constitutional courts. He repeatedly emphasized that the preliminary procedure is characterized “by mutual cooperation and shared responsibility”. Cooperation was necessary “to avoid tensions”. It became evident that *Lenaerts* views a cooperative preliminary reference practice as the solution to the continuous struggle between the ECJ and national constitutional courts that results from the starkly contrasting theories of the “proper intellectual copyright” of the European legal order. From his viewpoint, this cooperation is the right way „to move the whole debate [about the relationship between the ECJ and national constitutional courts] forward”, which is “actually more important” than these conceptual questions [about the scope of primacy of EU law] that are really only of interest to professors at universities” but that “do not make much of a difference in actual practice”.

But what are the normative reasons for national constitutional courts to use the preliminary procedure case from their perspective? Here are a few considerations: *First*, the heterarchical relationships between the institutions of different legal orders in a pluralist arrangement such as the EU generate a high demand for inter-order judicial communication. Of course, the ECJ and the non-referring national constitutional courts have communicated with each other in numerous ways and fora. For example, national constitutional courts use the grand EU-decisions concerning the ratification of a European treaty as a forum for inter-order judicial dialogue when they send certain messages to the ECJ. However, this indirect form of judicial dialogue alone is no longer capable to satisfy the increasing demands for inter-order judicial communication. While indirect dialogue allows courts to talk past one another, the preliminary reference procedure enables a direct, case-oriented, formalized judicial dialogue forcing courts to engage in substance with the arguments of their counterpart. This contributes decisively to ensuring the uniform interpretation of EU law and, in that way, furthers legal certainty and improves the situation of the individual seeking judicial remedies.

*Second*, national constitutional courts which represent a national perspective lack the legitimacy to make certain decisions that have external effects beyond the national realm. Without the involvement of the ECJ representing the Union perspective, there is the risk of a national “tunnelvision” that does not sufficiently take into account the interests beyond the national borders. A case in point is the Federal Constitutional Court’s *OMT*-decision that has, as Justice *Lübbe-Wolff* pointed out in her minority opinion, “incalculable consequences for the operating currency of the euro zone and the national economies depending on it”. In such a scenario, a national court is in danger of overreaching beyond its political-institutional limitations.

*Third*, the generally issue-oriented, deliberative character of judicial dialogue holds a significant potential to overcome or to at least curb conflicting judicial interests. Judges share a common professional identity and speak the common language of the law which subjects the diverging interests to reason-giving and justificatory requirements. In his speech, *Lenaerts* repeatedly emphasized the necessary conditions: trust, mutual respect, and to “accept the decision of the other as legitimate, as acceptable”. These are critical requirements for the benefits of the preliminary procedure to outweigh the risks of a higher probability of conflict. A direct, case-oriented dialogue involves considerable potential of conflict as it complicates avoidance strategies. Nevertheless, there are good reasons to assume that the gradual shift of the inter-order constitutional dialogue between the ECJ and national constitutional courts towards the preliminary procedure will be productive and not produce an unmanageable number of judicial conflicts. This assumption appears to be confirmed by the previous judicial practice in cases such as *Melloni*, *Bressol & Chaverot*, *Test Achats* and *Jeremy F*. According to *Lenaerts*, “the matter of *Bressol & Chaverot-Sache* illustrates the cooperative way in which the sharing of responsibility in the EU’s multi-level system can operate”.

## Why Constitutional Courts were so reluctant to refer?

The obvious-seeming answer is: National Constitutional Courts sought to preserve their decision-making autonomy in the EU context. A reference restricts their scope of decision-making and can be perceived as subordination. At least, such a reading finds support in the public reception of some orders for a preliminary reference: The first reference of the Federal Constitutional Court to the ECJ in the *OMT*-ruling was predominantly depicted in the media as if the Court shrunk from making its own decision and left the last word on this matter to the ECJ. In any event, this is not what follows from the conception of the Federal Constitutional Court: This jurisprudence requires the Court to make a reference before it finds an act of EU law *ultra vires* but the Court still reserves to itself that power for the aftermath of an ECJ decision. If constitutional courts are nonetheless keen to avoid preliminary references to the ECJ, this has to do with the difficulties to come to a different conclusion than the ECJ's preliminary ruling and to thereby cause an open judicial conflict – especially since such a scenario has been portrayed as the legal equivalent of a constitutional catastrophe or the first nuclear blow in EU legal scholarship. No constitutional court is willing to bear that responsibility. This concern might explain why over the course several decades – until the recent decision of the Czech constitutional court in *Landtová* – no national constitutional court has openly set aside EU law notwithstanding the continuous struggle between the ECJ and constitutional courts.

This demonstrates a more fundamental problem: The overstated concern over the dramatic consequences of a contestation of ECJ decisions seems to have had a chilling effect on the willingness of national constitutional courts to refer preliminary questions to the ECJ. Put differently: If, given the high stakes, it is virtually impossible to deviate from a preliminary ruling of the ECJ, this can tip the scale in favor of non-cooperation and, hence, towards a practice of non-referrals.

## A pluralistic Conception of the Preliminary Reference Procedure

How can we explain these shifting patterns from a refusal to refer towards routine dialogue in preliminary reference practices? One could take the position that national constitutional courts, especially the Federal Constitutional Court, have finally become reasonable and accept their EU obligation to make a submission. True to the motto: Learning processes may sometimes simply take some time. This scenario, however, does not seem particularly plausible.

What is much more decisive is that the conditions in the EU context have changed. Constitutional pluralism has been established in the mainstream of EU legal scholarship. Even ECJ-Judge *Lenaerts* discussed the *Melloni*-judgment under the topos of constitutional pluralism in his Humboldt-speech. Moreover, due to the introduction of the identity clause of Article 4(2) TEU by the Lisbon Treaty, the constitutional concerns of national constitutional courts received a reference point in the EU's primary law.

This leads to the following conclusion: So long as national constitutional courts perceive the preliminary procedure as a form of submission in which they are inevitably forced to make a decision that leaves them with virtually no decision-making autonomy, they will likely not continue the shift in preliminary reference practices. In the framework of the preliminary procedure, national constitutional courts and the ECJ should interact with each other on an equal footing and enter into an issues-based dialogue about the question what decisions best realize the constitutional principles of both, the European and the national legal order.

For national constitutional courts, that means that they should respect the role of the ECJ to ensure the uniform application of EU law and that they cannot expect the ECJ, who is responsible for 28 member states, to always follow the opinion held by the constitutional court of a single member state. For the ECJ, that means that it should demonstrate tact and sensitivity with respect to preliminary questions of national constitutional courts and that it gives due consideration to their constitutional concerns to the greatest extent possible. Provided that these conditions are satisfied, it appears conceivable that national constitutional courts may exert more influence on the ECJ's jurisprudence through the preliminary procedure than through a continued non-referral practice.

This also seems to be how *Lenaerts* sees it. While *Pernice*, in the subsequent round of questions following *Lenaerts'* speech, considered scenarios on how to “legally solve” a constitutional conflict between the ECJ and a national constitutional court through penalty payments paid by the Member State, *Lenaerts* preferred to stress that this was, “of course, not the normal, satisfying approach to solving conflicts” but rather “one simply needs to

convince”. One should also “not think ... that the ECJ never or only very rarely leaves room to the national constitution”. “This is not the case.” Rather, *Lenaerts* pointed out that by referring a preliminary question to the ECJ, national constitutional courts seize an opportunity “to steer the result in a desirable direction both by the way of formulating the questions and by the reasons for the order for the preliminary reference” and, therewith, to shape “the development of the law throughout Europe”. Even “the Federal Constitutional Court has understood this now”.

Whether this direct dialogue between the ECJ and national constitutional courts is successful will depend critically on a truly pluralist conception regarding the preliminary procedure. A procedure that does not only put the ECJ in the position to transpose EU principles and norms into the legal orders of the member states but that also allows national constitutional courts to inject the constitutional principles and norms of their respective legal order into the ECJ’s decision-making. In my view, this requires conceptually to grant national constitutional courts – – as *ultima ratio* only – the possibility of derogation from the preliminary ruling of the ECJ.

---

LICENSED UNDER CC BY NC ND

SUGGESTED CITATION Lang, Andrej: *How Constitutional Courts talk to each other: The Potential of the Preliminary Reference Procedure for Europe’s pluralist Verfassungsverbund*, *VerfBlog*, 2014/11/28, <http://verfassungsblog.de/wie-verfassungsgerichte-miteinander-reden-das-potential-des-vorlageverfahrens-fuer-europas-pluralistischen-verfassungsverbund/>.